

Tilburg University

## Burkes common law- benadering van vrijheid en mensenrechten

de Hert, Paul

*Published in:*  
Burke

*Publication date:*  
2017

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
de Hert, P. (2017). Burkes common law- benadering van vrijheid en mensenrechten: Erfgoed zonder bijzondere status vatbaar voor belangenafweging. In A. Kinneging, P. de Hert, & M. Colette (Eds.), *Burke* (pp. 63-91). ASP.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### 3. Burkes common law-benadering van vrijheid en mensenrechten

Erfgoed zonder bijzondere status vatbaar voor belangenafweging

*Paul De Hert*<sup>1</sup>

*We compensate, we reconcile, we balance (Reflections on the Revolution in France, p. 281).*

*From Magna Carta to the Declaration of Right, it has been the uniform policy of our constitution to claim and assert our liberties, as an entailed inheritance derived to us from our forefathers, and to be transmitted to our posterity; as an estate specially belonging to the people of this kingdom without any reference whatever to any other more general or prior right (Reflections on the Revolution in France, p. 119).*

#### 1. Inleiding

Burke is politicus, jurist en filosoof. Het is verleidelijk aan die omschrijving toe te voegen ‘in deze volgorde’, maar in dat geval gaat de humor ten koste van de meerwaarde die deze denker heeft voor de ideeëngeschiedenis en voor ons actueel denken. In deze bijdrage gebruik ik Burke om debatten over de grondslagen van het constitutionalisme en de mensenrechten te verduidelijken. Op wat controversieel klinkende afwijzingen van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789)

<sup>1</sup> Met dank aan Michel Huygens en Maarten Colette voor het nalezen van deze tekst en de gedachtenwissel.

na, lijkt veel van wat Burke zegt niet zo schokkend. We horen het zo uit de mond van vele staatslui rollen, zeker wanneer het erom gaat in belangrijke kwesties compromissen te sluiten en haalbare oplossingen te zoeken. Na een korte duiding van Burke als vroege criticus van de ongerijmdheden van de Franse revolutie (§§2-3), volgt een situering van Burke als common law constitutionalist in de Britse traditie (§§4-8). Grondwetten groeien organisch en bevatten liefst geen al te abstracte regels die geweld doen aan de gegroeide praktijken en consensus in een gegeven samenleving. Ook abstract geformuleerde rechten bieden geen meerwaarde omdat ze in belangenafwegingen hooguit één element onder vele andere kunnen vormen. Politieke wijsheid moet bij dergelijke afwegingen primeren op regelvastheid. Burke vastpinnen op zijn Britse context, doet evenwel vergeten dat zijn lessen overal zijn opgepikt, buiten én binnen de liberale traditie. Ook in het mensenrechtenrecht is de geest van Burke niet veraf. Aan de hand van Dworkin, Habermas en anderen bekijken we Alexy's theorievorming over het afwegen van belangen bij mensenrechtenconflicten en de tendens tot redelijkheidstoetsing verborgen achter de officiële doctrine van het proportionaliteitsprincipe (§§9-11). Geëindigd wordt met drie positieve bijdragen van Burke aan het hedendaags denken over mensenrechten (§12).

## 2. De Franse Revolutie en het nieuwe begrip revolutie

Rousseau wordt in de stereotypering gebrandmerkt als *de* filosoof van de Franse Revolutie. Onder meer Burke en Hegel zouden dat doen.<sup>2</sup> Dat verbaast ook niet. Het radicale Jakobijnse regime dat regeerde in de periode 1792-94 maakte uitdrukkelijk gebruik van Rousseaus ideaal van de republikeinse deugd om haar terreur te rechtvaardigen.<sup>3</sup> Vooral

- 2 Kritisch over deze beeldvorming, François Furet, 'Rousseau and the French Revolution,' in Clifford Orwin en Nathan Tarcov (reds.), *The Legacy of Rousseau*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, pp. 168-82. Deze auteur is van mening dat het vooral 'by virtue of the project of regeneration ... the Revolution belongs to Rousseau. Like him, the revolutionaries wished to create a new man. It was in pursuing that project that the Revolution underwent successive liberal and illiberal periods that mirrored the ambiguity in Rousseau between the egalitarian process of republican politics and the authoritarian method of creating the new man' (p. 179). Zie ook de bijdrage van Colette elders in deze bundel.
- 3 Zie meer uitvoerig en genuanceerd Jacob L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Londen, Mercury Books, 1961, pp. 69-166. Onder meer wijst deze auteur op de verrassend liberale eigendomsopvattingen van bijvoorbeeld Sieyès.

Rousseaus nadruk op deelname door burgers aan de publieke sfeer als voorwaarde voor het bereiken van de ‘ware vrijheid’ en zijn gedachten over de onderschikking van individuele belangen bij het bepalen van het beleid kregen door de Jakobijnse recuperatie een negatieve bijklank.

De reactie op de terreur (en op de recuperatie van Rousseau) kwam er snel. Wat zich in de straten van Parijs afspeelde beheerste het nieuws overal in Europa en erbuiten. Denkers actief na de Franse Revolutie stonden niet alleen stil bij de terreur en de ideeën van de revolutionairen, maar ook bij de idee van revolutie zelf. Dat paste in een traditie die teruggaat tot Aristoteles die in het vijfde boek van *Politica* nadenkt over veranderingsprocessen bij democratieën, oligarchieën en aristocratieën.<sup>4</sup> De term *revolutie* is van Latijnse origine en werd al in de late middeleeuwen gebruikt in het Engels en Frans, met als gekende voorbeeld de *Glorious Revolution* (1688-89), de definitieve machtsgreep van de protestanten in Engeland die met behulp van de Nederlandse Willem van Oranje een einde maakten aan de heerschappij van de (katholieke) koning James II. Belangrijk hier is dat deze machtsgreep reeds vanaf 1689 het label *Glorious Revolution* kreeg. Revolutie stond toen voor ‘terugwenteling’ in de zin van heroriëntatie van – en bezinning op – de grondslagen van de staat.<sup>5</sup>

Hoewel niemand ook gesteld heeft dat revoluties eenvoudige dingen zijn met eenvoudige verklaringen, werd al in de periode van de Franse Revolutie aangenomen dat deze revolutie, dit veranderingsproces, een nieuwe betekenis gaf aan het begrip revolutie. Dat had alles te maken met het gehanteerde discours: eerder dan te claimen dat een tijdelijke aberratie werd aangepakt met het oog op het herstellen van een traditionele orde, discrediteerden de leiders van de Franse Revolutie het hele *ancien régime*. Hen stond de uitbouw voor ogen van politieke en sociale instellingen waardig voor een geheel nieuw tijdperk. Revolutie werd meer dan verandering en reactie op ongelijkheid en machtsoverschrijding (tirannie). Vanaf 1789 stond de idee van ‘revolutie’ niet langer uitsluitend voor verzet tegen tirannie, maar ook voor de oprichting van een geheel nieuw maatschappijmodel.<sup>6</sup> Aristoteles, bijvoorbeeld, had

4 Aristoteles, *Politica*, vert. Maarten Bremer en Ton Kessels, Groningen, Historische Uitgeverij, 2012, vijfde boek.

5 Rudolf Boon, *Een progressieve conservatief: Edmund Burke als tijdgenoot*, Soesterberg, Aspekt, 2004, p. 18.

6 A. Reeve, ‘Revolution,’ in D. Miller (red.), *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought*, Oxford, Basil Blackwell, 1987, pp. 436-37. Zie ook de bijdrage van Waanders elders in deze bundel.

zulke ambitie niet gehad. Bij hem gingen revolutionaire ambities over het veranderen van delen van de grondwet (beperkt), of (verdergaand) het veranderen van grondwetten en politieke modellen, bijvoorbeeld van oligarchie naar democratie of omgekeerd.<sup>7</sup>

### 3. Contrarevolutionaire schrijvers en de idee van een revolutie

De Franse Revolutie leek dus geen grens te stellen op de doorwerking van de politiek in alle sferen van het leven. Iemand als Chateaubriand, auteur van *Essai sur les révolutions* (1797) koos daarom voor een antipolitiek leven gericht op het herstel van het natuurlijke zelf dat onderdrukt en vertrapt was door de krachten die samenlevingen op hun grondvesten deden daveren.<sup>8</sup> Andere denkers, zoals Burke, gingen wel politiek ageren, beducht als zij waren voor nog meer revolutionair geweld, ondermeer in Ierland, en legden mee de basis voor een ideeënprogramma waarin de nadruk lag op ernstige of gemodereerde politiek. Vaak wordt dit programma aangeduid als *conservatisme*, de kunst van het politiek compromis, evenwicht en gematigdheid, in het belang van het behoud van een beperkte, traditionele stijl van politiek.<sup>9</sup> Dit label 'conservatief' wordt gebruikt om een (niet-bestaande) eenheid te creëren tussen contrairevolutionaire schrijvers zoals Burke, von Savigny, Bonald, Maistre.<sup>10</sup> Die clustering doet geen recht aan de diversiteit van deze denkers, doch valt ten dele te verdedigen: al deze denkers drukten in hun geschriften immers een voorkeur uit voor een terugkeer naar een maatschappijmodel steunend op een zekere hiërarchische ordening in het verlengde van het *ancien régime*.<sup>11</sup> Hun kritiek op de Jakobijnse terreur is slechts een aanleiding voor een meer omvattende afwijzing van bepaalde kenmerken van het verlichtingsdenken met zijn

7 Aristoteles, *Politica*, vijfde boek.

8 G. Gengembre, 'Contre-révolution,' in M. Delon (red.), *Dictionnaire européen des Lumières*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1997, p. 257.

9 N. O'Sullivan, 'Conservatism,' in Miller, *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought*, p. 153.

10 Een kort overzicht van de Iers-Engelse school, de Duitse romantische school en de Franse school binnen deze beweging geeft G. Gengembre, 'Contre-Révolution,' pp. 257-59; tevens O'Sullivan, 'Conservatism,' pp. 97-101.

11 L. Siedentop, 'Two Liberal Traditions,' in A. Ryan (red.), *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 159.

‘blinde woede voor verbetering.’<sup>12</sup> Centraal in deze kritiek staan volgende (al dan niet vermeende) kenmerken van het verlichtingsdenken: een te abstract gedacht begrip van het individu dat bovendien gebruikt wordt als basis voor de idee van een grondwet met, opnieuw, abstracte rechten van de mens; de idee dat de mens in staat is om de loop van de geschiedenis te beïnvloeden, het steunen op het rationalisme, de openheid voor het atheïsme; het optimisme over de kracht van de menselijke wil en het naïeve geloof in het bestaan van de harmonie tussen mensen.

#### 4. Burkes constitutionalisme: de tuinman, niet de ingenieur

Burke loopt, zeker in chronologisch opzicht, vooraan in deze kritieken. Op uitzonderlijke wijze was deze in 1730 geboren politicus en denker in staat op het ogenblik van de ontwikkelingen zelf dieperliggende tendensen te onderscheiden. In *Reflections on the Revolution in France* (1790)<sup>13</sup> voorspelde hij revolutionaire excessen die op dat ogenblik nog moesten komen. In datzelfde boek zet hij een radicaal maatschappelijk alternatief neer dat bouwsteen per bouwsteen afwijkt van de hogerge-noemde Verlichtingskenmerken. Zo verwijst hij het atheïsme naar de prullenmand door te stellen dat mensen religieuze dieren zijn,<sup>14</sup> en portretteert hij sociale en politieke instellingen als het product van een langzame, onbewuste, autonome groei, belichaamd in traditie en gevestigde praktijk. Het knoeien met dit complexe en delicate fabricaat op grond van een vooraf bepaald radicaal hervormingsprogramma is vragen om een catastrofe. Alleen al dat geloof in een nieuwe invulling van het begrip ‘revolutie’ (de oprichting van een geheel nieuwe organisatie van de maatschappij) is krankzinnig en Burke besteedt dan ook tijd en energie in zijn boek om deze Franse variant in negatieve zin te onderscheiden van de reeds genoemde Britse *Glorious Revolution*.<sup>15</sup> Deze omwenteling die leidde tot de afzetting van James II creëerde, aldus

12 Uitspraak ontleend aan Carl Friedrich von Savigny, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Londen, 1831, p. 20. Oorspronkelijk gepubliceerd in 1814.

13 We gebruiken *Reflections on the Revolution in France*, Londen, Penguin, 1986. Hierna RRF.

14 RRF, p. 187.

15 Cf. RRF, pp. 100-06. Op deze pagina's bespreekt Burke de parlementaire wetgevingstukken die tot stand kwamen naar aanleiding van deze *Glorious Revolution*. Uit deze stukken blijkt duidelijk dat het opzet erin bestond om tijdelijke aberraties weg te nemen en de traditionele orde te herstellen.

Burke, in feite niet meer dan enkele voorzichtige, beperkte dynastieke en constitutionele veranderingen, terwijl de Franse variant een radicale breuk met de traditie beoogde en zeker geen verderzetting.<sup>16</sup> Voor Burke is er voor zo'n militante rationalistische revolutie geen plaats in de politiek, en hij pleit daarom voor sterke teugels op de rede geconfronteerd met de complexiteit van het maatschappelijk bestel. Zonder te vervallen in een pleidooi voor irrationaliteit, betoogt Burke dat mensen moeten handelen met het nodige respect voor de realisaties en levenswijze van hun voorgangers. Politieke actie mag niet uitdraaien op vrije vinding en experiment,<sup>17</sup> maar moet baden in een cultuur waarin de organische groei van een samenleving belangrijk is. Het beeld hiervoor is dat van de tuinman die behoudend en voorzichtig aanpast,<sup>18</sup> niet dat van de ingenieur.<sup>19</sup> Burke zweert bij langzame maar duurzame vooruitgang, waarbij het ene voordeel zo weinig mogelijk opgeofferd wordt voor een ander: 'We compenseren, we verzoenen, we leggen in de balans.'<sup>20</sup>

In zo'n politiek bestel is wel degelijk plaats voor noties zoals de individuele vrijheid,<sup>21</sup> voor rechtstatelijke elementen zoals de onafhankelijke rechterlijke macht, voor een systeem met een representatieve regering, en voor de instelling van privé-eigendom, onder meer als noodzakelijke voorwaarden voor het behoud van de democratie.<sup>22</sup> Tezamen met een zekere preferentie voor een beperkte overheid, wer-

16 RRF, pp. 106, 112.

17 RRF, p. 152.

18 RRF, p. 280.

19 C. Parkin, 'Burke and the Conservative Tradition,' in D. Thomson (red.), *Political Ideas*, Londen, Penguin, 1966, p. 124.

20 RRF, p. 281. Voor Burke blijkt bovendien ook uit de feiten dat de Fransen niet gerechtvaardigd waren in hun keuze voor revolutie. Alleen bij tirannie is de omverwerping van het gezag gerechtvaardigd. Uit de feiten blijkt evenwel nergens dat de Franse monarch met een tiran gelijkgesteld kan worden (pp. 176-79). Elders in deze bundel toont Waanders de verwantschap aan tussen Burke en Aristoteles over de grondvormen van politieke instellingen en de daaraan verbonden ontsporingen. Opvallend is dat Burke geen discussie aangaat met deze denker of met Locke en Hobbes op dit punt. Duidelijk afwezig is Locke's rationele, deductieve benadering van politieke instellingen en even duidelijk is er bij Burke een veel beperktere kijk op het recht op verzet van onderdanen bij ontsporingen en machtsmisbruik. Hij laat ook minder ruimte voor dergelijk verzetsrecht. Waar Locke van oordeel is dat koningen bepaalde verantwoordelijkheden hebben ten aanzien van God én onderdanen, lijkt Burke in de lijn van Bodin aan te nemen dat de heerschappij van een vorst over zijn onderdanen door God gegeven is en daarom vrij absoluut is en in principe niet herroepbaar door de onderdanen (RRF, p. 115; vgl met Reeve, 'Revolution,' p. 437).

21 We treffen bij Burke zelfs een vroege formulering aan van het vrijheidsbegrip dat kenmerkend is voor het liberale denken: 'Whatever each man can separately do, without trespassing upon others, he has a right to do for himself' (RRF, p. 149).

22 RRF, p. 149.



pen deze elementen een vroegliberaal licht op Burke.<sup>23</sup> Wat verschilt is zijn manier van presentatie en duiding van deze liberale elementen.<sup>24</sup> Opvallende afwezig in zijn denken zijn respectievelijk de idee van een sociaal contract tussen mensen en de idee van de soevereiniteit van de natie begrepen als een gelijk recht voor allen op politieke participatie. De staat bij Burke is geen kunstmatige constructie van mensen maar, zoals reeds aangestipt, het resultaat van een proces van historische groei,<sup>25</sup> een hiërarchische realiteit die bemiddelt tussen particuliere belangen op basis van – en gestuurd door – een geërfde constitutionele traditie. De staat is zowel natuurlijke als bovennatuurlijk, en gebaseerd op het primitieve contract niet tussen mensen, maar tussen God en de menselijke soort.<sup>26</sup> Die goddelijke ongrijpbare dimensie problematiseert rationele bevraging van het maatschappelijke en maakt het quasi onmogelijk om de harmonie of ‘fit’ tussen instellingen, gewoonten en gebruiken te verklaren aan de hand van bekende of nog te ontdekken algemene regels.<sup>27</sup> De staat heeft daarom iets hogers of nobels, en kan niet gereduceerd worden tot (louter) een associatie met rationele doeleinden. Het is een voorwerp van aanbidding met bepaalde verheven taken. Het gaat daarbij niet alleen om de bescherming van de mens en zijn rechten, maar ook om morele taken: overheidsfunctionarissen zijn ook belast met de zorg om de moraal van burgers en kunnen hun bevoegdheden daartoe aanwenden. Niet zozeer de bescherming van de vrijheid van de burgers staat centraal, doch wel de controle van hun morele leven.<sup>28</sup>

We zijn mijlenver van het constitutionalisme van bijvoorbeeld Emmanuel Joseph Sieyès die in *Qu'est-ce que le tiers état?* (1789) een rationalistisch-voluntaristisch constitutioneel project uittekent waarbij de staat inherent politiek wordt geconceptualiseerd als een puur door mensen gecreëerd construct dat los staat van de historisch gegroeide gemeenschap.<sup>29</sup> In die staat wordt na de associatie (Sieyès vermijdt te

23 Zie over deze discussie de vele literatuurverwijzingen bij R. Boyd, ‘The Unsteady and Precarious Contribution of Individuals: Edmund Burke’s Defense of Civil Society,’ *The Review of Politics* 1999, nr. 3, p. 465.

24 O’Sullivan, ‘Conservatism,’ p. 97.

25 Cf. RRF, pp. 150-51: ‘Government is not made in virtue of natural rights ... Government is a contrivance of human wisdom to provide for human wants.’

26 Cf. RRF, pp. 120, 194-95. Zie ook Gengembre, ‘Contre-Révolution,’ p. 258.

27 I. Hampsher-Monk, ‘Burke,’ in Miller, *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought*, p. 51.

28 K. Popper, *The Open Society and its Enemies*, Londen, Routledge, 1962, vol.I, pp. 112-13.

29 Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, Parijs, Flammarion, 1988. Zie ook Raymond Kubben, ‘Parlement And Pamphlet: Sieyès’ *Qu'est-ce que le tiers état?* And The Missing Link Between



spreken over een contract) een grondwet opgesteld die de overheid vergaand bindt: 'Il n'est rien sans ses formes constitutives; il n'agit, il ne se dirige, il ne se commande que par elles.'<sup>30</sup> Wijziging van die grondwet is perfect mogelijk – grondwetten zijn geen goddelijke creaties – mits bijzondere meerderheden.

Möller en Corrias plaatsen Sieyès in de revolutionaire traditie van het constitutionalisme met een constitutieve macht die buiten het recht staat, maar die in een democratisch moment politieke instellingen creëert die gebonden zijn door deze creatie en wiens spelregels noodzakelijkerwijze in een geschreven document van hoge normatieve waarde staan opgetekend.<sup>31</sup> Burke staat duidelijk in de andere traditie binnen het constitutionalisme, met roots in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland waar de nadruk minder ligt op een democratische creatie van de instellingen, doch op een doorheen de tijd ontwikkeld vermogen om deze instellingen aan de *rule of law* te onderwerpen en ze met andere woorden zo te *framen* dat machtsmisbruik wordt vermeden. In dergelijke traditie is er minder behoefte aan een uniek moment en document. De idee van een grondwet wordt er breed uitgelegd als zijnde de basisstructuren van een samenleving of het geheel van bestaande politieke praktijken.

## 5. Mensenrechten en grondwetten als zacht moduleerbaar erfgoed

Pasquino merkt op dat in de negentiende eeuw meerdere opvattingen over het grondwetsbegrip leefden en hij contrasteert daarbij Sieyès' positie ('constitution comme act') met die van Hegel en andere Duitse denkers ('constitution comme fait').<sup>32</sup> Het Duitse idee van een *gewach-*

Medieval And Modern Constitutionalism,' *Conference Minutes | 60th International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions*, 2009, pp. 389-99; Raymond Kubben, 'L'abbé de Sieyès: Champion of National Representation, Father of Constitutions,' in Denis Galligan (red.), *Constitutions and the Classics: Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 290-311; P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Parijs, Odile Jacob, 1998.

30 Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, p. 126.

31 Christoph Möllers, 'Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism,' in Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (reds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2010, p. 173. Zie ook Luigi Corrias, 'Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity,' *European Constitutional Law Review* 2016, nr. 1, p. 15.

32 Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, p. 130.

*sene Verfassung* sluit mooi aan bij het organisch constitutionalisme dat we bij Burke aantreffen. Burkes negatieve kijk op de mogelijkheid van rationele, *a priori* ontworpen politieke instellingen beïnvloedde zwaar zijn perspectief op de rechten van de mens en de idee van grondwetten, beide naar voor geschoven als onmisbaar in artikel 16 van *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.<sup>33</sup> In de preambule van deze verklaring heet het bovendien dat ieder beschikt over 'natuurrechten, niet-vervreemdbaar en heilig' en dat de verklaring deze rechten in herinnering beoogt te brengen. Voor Burke behoren mensenrechten en grondwetten niet tot de orde van het unieke, door de natuur gegevene, maar tot de orde van het organisch gegroeide. Daarmee week hij af van andere, oudere leden uit zijn politieke familie, de *Whigs*, die geloofden in de idee van een oude, quasi onveranderlijke orde op grond waarvan gebeurlijke hervormingen – zoals de *Glorious Revolution* van 1688 – moesten plaatsvinden.<sup>34</sup> Bij Burke is een grondwet het resultaat van een geleidelijke en niet vooraf bepaalde ontwikkeling in de tijd.<sup>35</sup> Dat geldt ook voor rechten. Als deze bestaan, dan zijn ze niet het werk van theoretici. Ze zijn opgeleverd en geformuleerd via de tradities binnen een samenleving. Ze zijn niet 'natuurlijk' maar 'positief': 'From Magna Carta to the Declaration of Right, it has been the uniform policy of our constitution to claim and assert our liberties, as an *entailed inheritance* derived to us from our forefathers, and to be transmitted to our posterity; as an estate specially belonging to the people of this kingdom without any reference whatever to any other more general or prior right.'<sup>36</sup>

Dit karakter van erfgoed verklaart het niet-absolute karakter van deze rechten waarvan de creatie, interpretatie en toepassing steeds moet worden afgewogen tegen de politieke en morele inzichten. Precies deze laatste inzichten maken absolute, door theoretici ontwikkelde rechten 'onwaar'. Wat nodig is, is politieke determinatie, eerder dan een metafysische of wiskundige, waarbij rekening wordt gehouden met verschil in opvattingen over het goede, met de nood om compromissen

33 Deze bepaling luidt als volgt: 'Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.'

34 Zie over de positie van Burke binnen de *Whigs*, de bijdrage in deze bundel van Coen Brummer.

35 I. Hampsher-Monk, 'Burke,' p. 51; J.G.A. Pocock, 'Burke and the Ancient Constitution: A Problem in the History of Ideas,' in J. Lively en A. Reeve (reds.), *Modern Political Theory from Hobbes to Marx*, Londen, Routledge, 1989, pp. 159-82.

36 RRF, pp. 118-19.

te sluiten waarbij goed en kwaad, en soms zelfs, kwaad en kwaad in de balans worden gelegd.<sup>37</sup>

Wanneer rechten niet langer worden opgevat als absoluut komen hun beperkingen in beeld en treedt de ‘goede’ politicus naar voor die beseft dat abstracte uitgangspunten geen uitkomst bieden.<sup>38</sup> Het antwoord op de vraag of op een bepaalde plaats camera’s moeten hangen hangt af van de uitkomst van een politieke beraadslaging door de ‘goede’ politicus. De vraag kan niet worden beantwoord op grond van een abstracte regel, en zeker niet op grond van rechten-denken. Die beraadslaging laten we beter over aan bekwame politici. Gevoelens maken ons ongeschikt voor rationele vrijheid.<sup>39</sup> In een burgerlijke samenleving staan burgers hun vrijheid in vertrouwen af aan de overheid, ‘een vernuftige creatie van menselijke wijsheid die menselijke behoeftes bedient.’<sup>40</sup> Alleen geërfde vrijheden kunnen bijdragen tot wat Burke ‘een nobele vrijheid’ noemt (‘a noble freedom’).<sup>41</sup>

Het voorgaande verklaart waarom Burke, wanneer hij spreekt over de rechtsstaat, iets anders verdedigt dan liberale denkers met hun meer abstract, rationeel model van de rechtsstaat. Burke is voorstander van wat Raz omschrijft als het *common law*-model van de rechtsstaat, waar traditie eerder dan de wil van het individu of de politieke meerderheid het uitgangspunt vormt.<sup>42</sup> Op alle juridisch relevante niveaus (administratie, wetgeving, et cetera.) moet ongelimiteerde discretie worden vermeden. Beslissingen moeten gevestigde praktijken en tradities die de tand des tijd hebben doorstaan<sup>43</sup> verder zetten, ontwikkelen en verfijnen. Individuen, bestuurders en wetgevers moeten nauwe grenzen

37 ‘The pretended rights of these theorists are all extremes; and in proportion as they are metaphysically true, they are morally and politically false. The rights of men are in a sort of *middle*, incapable of definition, but not impossible to be discerned. The rights of men in governments are their advantage; and these are often in balances between differences of good; in compromises sometimes between good and evil, and sometimes, between evil and evil. Political reason is a computing principle; adding, subtracting, multiplying, and dividing, morally and not metaphysically or mathematically, true moral denominations’ (RRE, p. 153).

38 ‘But as the liberties and the restrictions vary with times and circumstances, and admit of infinite modifications, they cannot be settled upon any abstract rule; and nothing is so foolish as to discuss them upon that principle’ (RRE, p. 151).

39 RRE, p. 133.

40 RRE, p. 150.

41 RRE, p. 121.

42 Over de verscheidenheid aan rechtstatelijke modellen leze men J. Raz, ‘The Politics of the Rule of Law,’ in *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 354-62.

43 Zie ook de bijdrage van Mathias Storme over de ouderdom van een regel (‘hoe ouder, hoe langer hij heeft standgehouden, hoe waardevoller’).

respecteren en daarbij het toezicht accepteren van de common law rechtbanken.<sup>44</sup> Specifiek voor de Britse variant is tevens de almacht van het Parlement, de hoogste macht onder de drie staatsmachten. Dit element is gekend onder *Dicey's view of parliamentary sovereignty*, of ook *the Diceyan concept of the Constitution*, een omschrijving die teruggaat naar een boek van A.V. Dicey uit 1885 dat *Law of the Constitution* het, waarin deze auteur het volgende schrijft: 'In theory Parliament has total power. It is sovereign.'

Burkes vertrouwen in bestaande Britse rechtstatelijke structuren en zijn rechtstatelijke afwijzing van willekeurige machtsuitoefening levert hem in de secundaire literatuur lof op.<sup>45</sup> Zijn nadruk op de binnen welbepaalde gemeenschappen ontwikkelde tradities en instellingen kan worden opgevat als een verdediging van het pluralisme,<sup>46</sup> en het maatschappelijk middenveld in wiens naam elk instrumenteel gebruik van de staatsmacht en de wet kan worden bevraagd. Sommige zien in Burke een pionier in het denken over *civil society*, een voorloper van Tocqueville met zijn verdediging van intermediaire structuren en instellingen en een denker met groot inzicht in het nut van *checks and balances* als voorwaarde voor vrijheid.<sup>47</sup>

## 6. Burkes invloed op het denken over grondwetten en mensenrechten

Burkes politiek 'van het hart'<sup>48</sup> sprak niet alleen een publiek aan van Westerse conservatieven, maar ook een progressief en links publiek.<sup>49</sup>

Burke had die brede aantrekking al zeer vroeg in de geschiedenis. Zijn anti-republikeinse ideeën hadden een belangrijke invloed op belangrijke leden van het Belgische Nationaal Congres, de grondwetgevende en eerste, voorlopige, wetgevende vergadering van het onafhankelijke België na de omwenteling van 1830. De cruciale vraag op die

44 J. Raz, 'The Politics of the Rule of Law,' p. 356.

45 Zie R. Boyd, 'The Unsteady and Precarious Contribution of Individuals,' p. 487 met verw.

46 Over Burkes (en Montesquieu's) vernieuwende inzichten over verscheidenheid ten aanzien van zestiende- en zeventiende-eeuwse denkers in wiens traditie zij staan, leze men de bijdrage van Storme, elders in deze bundel

47 Cf. R. Boyd, 'The Unsteady and Precarious Contribution of Individuals,' pp. 465-91.

48 RRF, pp. 156, 182, 281.

49 C. Parkin, 'Burke and the Conservative Tradition,' p. 128.

vergadering was de vorm van de nieuwe staat: monarchie of republiek? De republikeinen haalden het niet. Uiteindelijk stemden slechts 13 van de 187 afgevaardigden voor een republikeinse structuur en haalde de monarchie het.<sup>50</sup> In een taal die erg aan Burke doet denken verwierp een meerderheidslid uitgangspunten zoals vrijheid en broederschap, die als te riskant werden omschreven en als wegbereiders van de Jakobijnse terreur.<sup>51</sup> Deze ingesteldheid, mede ingegeven door groeiende onrust over onrustige volksbewegingen overal in Europa, verklaart wellicht waarom de Belgische Grondwet van 1831 geen verwijzing bevat naar *het* principe van de individuele vrijheid of enig ander abstract beginsel.<sup>52</sup>

Burke ligt aan de basis van een sterke stroming in het Westerse sociaal denken dat daarom niet geloofwaardig kan herleid worden tot een product van alleen maar het verlichtingsdenken. Integendeel, de geest van Burkes filosofie schijnt zelfs de overhand gehaald te hebben in het Westerse openbare leven, in het bijzonder in landen gesteund op het *common law*-model.<sup>53</sup> Het voorbeeld blijft natuurlijk het Verenigd Koninkrijk, dat over een ongeschreven grondwet beschikt en nooit de stap naar een geschreven grondwet heeft aangenomen. Zo'n systeem garandeert flexibiliteit, want niet alleen bestaat er vaagheid over wat

50 Een Duitser, Leopold van Saksen-Coburg-Gotha, werd verkozen tot Koning der Belgen op 4 juni 1831. Zie over de invloed van Burke op onder meer Jean-Baptiste Nothomb, Ph. Raxhon, 'Mémoire de la Révolution française de 1789 et Congrès national belge (1830-1831),' *Belgisch Tijdschrift voor N. Gesch.- Rev. Belge Hist. Contemp.* 1996, nr. 1-2, p. 62. Zie over de keuze voor een monarchie ook G. Craenen, 'Belgium, General Background and Legal Characteristics', in G. Craenen (red.), *The Institutions of Federal Belgium: An Introduction to Belgian Public Law*, Leuven, Acco, 1996, p. 18.

51 'Les mots si vulgaires de liberté, fraternité sont plutôt des enseignes de terreur que de sûreté, et changent bientôt en fraticide, liberticide ... Mais où faut-il chercher le pronostic de l'avenir? N'est ce pas dans le passé, dans les annales des révolutions républicaines?' cf. Lid Nationaal Congres De Roo (1830), geciteerd in Raxhon, 'Mémoire de la Révolution française de 1789 et Congrès national belge (1830-1831),' p. 50.

52 Een auteur wijst het wijdverbreide wantrouwen ten aanzien van deze volksbewegingen als factor aan voor aarzelingen van de negentiende-eeuwse liberalen om zonder voorbehoud het beginsel van de 'vrijheid' te poneren (A. Heymann-Doat, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Parijs, L.G.D.J., 1994, pp. 33-34). Vgl. met de meer technische verklaringen hiervoor in J. Vanderlinden, 'Aux origines du Titre II de la Constitution Belge de 1831,' in *Présence du droit public et des droits de l'homme: Mélanges offerts à J. Vêlu*, Brussel, Bruylant, vol. II, 1992, pp. 1193-1208. Ten eerste is er een technische uitleg: de Belgische Grondwet werd grotendeels opgesteld op basis van de Nederlandse Grondwet en de Franse grondwet van 1830. Beide documenten maken geen vermelding van het principe. Een tweede verklaring is minder overtuigend: zowel de Belgische grondwet als de 'revolutionaire' Franse grondwet, waren meer gericht op de praktische uitvoering van het vrijheidsprincipe. De revolutionaire beginselen uit 1789 waren inmiddels geaccepteerd; ze behoefden alleen verduidelijking.

53 C. Parkin, 'Burke and the Conservative Tradition,' p. 127. Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht van de constitutionele context in verschillende *common law* landen, Ronagh J.A. McQuigg, *Bills of Rights: A Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2014.

precies tot die grondwet moet gerekend worden, maar ook zijn er geen beperkende of remmende spelregels die verandering van de grondregels verbieden. Traditioneel beschikte het rechtssysteem er ook niet over een erkende lijst van individuele rechten en werd evenmin aangenomen dat het grondwettelijk recht de staat verplicht om individuele rechten te respecteren.<sup>54</sup> Bovendien zorgde het mechanisme van het dualisme ervoor dat een doorwerking van internationale verdragen met mensenrechten beperkt bleef.<sup>55</sup> Een Britse rechter merkte in 1942 op dat er 'geen gegarandeerde of absolute rechten' bestaan onder de Britse grondwet.<sup>56</sup> Het Britse rechten-systeem is daarom, in vergelijking met bijvoorbeeld het Amerikaanse systeem, gekenmerkt door een negatieve benadering: rechten zijn residueel in de zin dat ze bestaan voor zover wetgeving of *common law* rechtspraak ze niet beperkt hebben. *Politieke* zelfbeperking vanwege de politieke actoren en het democratisch krachterspel zorgen daarbij in de zienswijze van vele Britse constitutionalisten voor een systeem van rechtsbescherming, dat evenwaardig is aan systemen met meer *juridische* accountability. In dergelijke systemen zijn rechten wel op voorhand opgelijst en erkend, maar het zijn vaak breed geformuleerde rechten, waardoor juridische *checks and balances* minder goed functioneren.<sup>57</sup> Anders geformuleerd: het Britse systeem steunt op politieke, eerder dan juridische zelfbeheersing. De Britten laten het politiek bedrijf opereren binnen een uitgewerkt kader van afspraken en morele overeenstemming. Hoewel dat kader grotendeels niet geëxpliciteerd werd, bewijst de geschiedenis dat het bestaat, leeft en gerespecteerd wordt.<sup>58</sup>

Na Burke zouden ook anderen denkers zich verzetten tegen een 'radicaal rationalistische logica' en de eraan gekoppelde idee van onvervreemdbare mensenrechten. Denken we maar aan Jeremy Bentham en, dichterbij ons, Oliver Holmes, de oprichter van het Amerikaanse *juridische realisme*.<sup>59</sup> Telkens horen we een echo van Burkes argumenten,

54 D. Vick, 'The Human Rights Act and the British Constitution,' *Texas International Law Journal* 2002, p. 340.

55 D. Vick, 'The Human Rights Act and the British Constitution,' p. 344.

56 Lord Wright aangehaald door D. Vick, 'The Human Rights Act and the British Constitution,' p. 340.

57 D. Vick, 'The Human Rights Act and the British Constitution,' p. 341.

58 C. Parkin, 'Burke and the Conservative Tradition,' p. 127.

59 J. Nelson, 'Against Human Rights,' *Philosophy* 1990, pp. 341-48. Andere 'mensenrechtensceptici' worden besproken door P. Jones, *Rights*, Houndsmill, Macmillan, 1994, pp. 90-93. Een zeer intelligent overzicht van moderne en postmoderne argumenten tegen natuurlijke rechten en een sub-



hoewel hij niet altijd genoemd wordt. Nelson, bijvoorbeeld, valt het dominante denken over de rechten van de mens aan. Deze worden bijvoorbeeld geacht absoluut en universeel te zijn. Voor Nelson is er evenwel alleen sprake van specifieke waarden geërfd en geformuleerd doorheen de tradities van een bepaalde samenleving<sup>60</sup> Door lof en afkeuring selecteren gemeenschappen en samenlevingen bepaalde onderdelen van de menselijke natuur. Deze selectie is uniek voor de gemeenschap in kwestie en elke selectie is daarom in zekere zin causaal en arbitrair. Dit verklaart waarom 'lijsten' van mensenrechten erkend in geschreven en ongeschreven basisteksten verschillen per gemeenschap, net zoals bijvoorbeeld taal en cultuur. Er bestaan eenvoudigweg geen zaken zoals 'mensenrechten', maar er zijn de rechten van de Engelsen, de rechten van de Amerikanen, de rechten van de Mexicanen, de rechten van de Japanners, en ga zo maar door. De vaak in het Westen geformuleerde eis dat mensenrechten overal moeten worden nageleefd en gehandhaafd, stelt Nelson gelijk aan een vorm van culturele amputatie.<sup>61</sup> De parallel met Burke is evident. Het is alsof we Burke zien inpraten op zijn partijgenoten die dweepten met de Franse Revolutie en hoopten dat die het Kanaal zou oversteken.

## 7. Burke: niet meer dan een common law-constitutionalist?

De aantrekking van Burke op politici zal zeker niet verbazen. Zijn visie op politieke instellingen en de plaats van voorgegeven rationele uitgangspunten zoals mensenrechten en grondwetten, laat meer spontane politiek toe met slechts beperkte juridische grenzen.

Mensenrechten zijn geen onderdeel van een hiërarchische ordening en kunnen zeker geen voorrang claimen. Het welzijn van de samenleving ligt immers in vele dingen: vrijheid is een goed naast anderen (bijvoorbeeld, rechtvaardigheid, orde en vrede). Deze andere waarden

tiel antwoord op deze argumenten is te vinden in het werk van Tibor Machan, bijvoorbeeld in 'On Human Rights, Feudalism and Political Change,' in A. Rosenbaum (red.), *The Philosophy of Human Rights: International Perspectives*, Londen, Aldwych Press, 1980, pp. 207-25. Voor een korte bespreking van een Burkeaanse allergie voor abstracte vrijheid in het werk van Raz en anderen: D. Feldman, *Civil Liberties & Human Rights in England and Wales*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 7-11.

60 J. Nelson, 'Against Human Rights,' p. 347.

61 'That is a bit like performing cultural surgery upon a people and according to one of the clauses of its standard definition that constitutes genocide' (J. Nelson, 'Against Human Rights,' p. 348).



zijn in feite constitutief want onmisbaar voor de realiteit van de vrijheid zelf. Een ‘goed’ Burkeaans politicus respecteert en opereert binnen een bestaand kader van gebruiken en morele afspraken en is niet ‘gebonden’ door ‘bindende’ mensenrechten. Deze maken deel uit van een globale erfenis en kunnen worden afgewogen tegen andere elementen uit die erfenis.

Concreet zal een ‘goede’ Burkeaanse wetgever zich onthouden van het opstellen van wetten in de taal van de rechten en bij voorkeur meer utilitair te werk gaan, zodat wetgeving in de praktijk aan rechters en rechtsbeoefenaars toelaat om te focussen op belangen (*best interests*) eerder dan rechten. Opnieuw weze benadrukt dat deze uitbouw van wetgeving en rechtssysteem bij Burke niet gelijk staat aan een grote discretie voor de wetgever, de rechter of het individu in de straat. Recht is niet maakbaar, het wordt veeleer gevonden en kan, mits respect voor de kern, door mensen toegepast en gebogen worden.<sup>62</sup>

Het is verleidelijk om het belang van Burke voor wetgeving en rechtspraak te beperken tot het common law systeem en het Britse systeem in het bijzonder. Onze bespreking over de rol van Burke bij de totstandkoming van de Belgische Grondwet is een indicatie dat dergelijke reductie verkeerd is. Wat verder in deze bijdrage zullen we precies argumenteren dat ons Europese rechtsdenken diepgaand doordrenkt lijkt van Burkeaanse reflexen. Het belang van Burke buiten zijn landsgrenzen is mijns inziens erg groot. Wel is het zo dat het Britse systeem vele mooie of treffende illustraties geeft van de Burkeaanse kijk op recht en samenleving. In zijn bijdrage merkt Maarten Colette terecht op dat de relatie Burke-*common law* innig en wederkerig is, en Burke wordt omschreven als een common law constitutionalist omdat zijn politieke ideeën ten dele schatplichtig zijn aan het hem vertrouwde common law rechtssysteem. We stonden in dit verband reeds stil bij het grotendeels ongeschreven karakter van de Britse basisteksten. Er zijn andere voorbeelden. Zo is ons min of meer absoluut concept van het eigendomsrecht onbestaande in het Verenigd Koninkrijk (*property rights* zijn er weliswaar eeuwenoud maar kregen er geen absolute vormgeving).<sup>63</sup> Zo ook hebben we geamuseerd kennis genomen van de bezwaren van

62 Zie voor een bespreking van Burkes rechtsvinding (‘science of jurisprudence’), onder meer uitgewerkt in Burkes *Tract on Popery Laws*, de bijdrage van Storme elders in deze bundel.

63 Sjef van Erp, ‘Different Degrees of Convergence: A Comparison of Tort Law (Example: Fairchild v. Glenhaven Funeral Services) and Property Law,’ *Electronic Journal Of Comparative Law* 2002.

Britse rechtsgeleerden tegen de ‘rechten-taal’ gehanteerd in het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind (1990) en van de hertaling van dit verdrag in het Britse recht via de *UK Family Law Act 1996*, waarin uitdrukkelijk afstand is genomen van dit soort rechten-formulering.<sup>64</sup>

## 8. Kanttekeningen bij het common law-model

Burkes opvattingen over recht en samenleving vallen samen met het door Raz beschreven common law-model van de rechtsstaat. In beide vinden we de klemtoon op continuïteit, op traditie en organisch gegroeide normen en de tand des tijds-test (‘hoe ouder een regel, hoe waardevoller’). De meeste van deze elementen zijn vanuit een modern liberaal rechtsdenken niet zonder meer acceptabel. Als niet het individu het uitgangspunt vormt van het recht, wie of wat dan wel? Liberale denkers als Constant en Berlin zullen terecht de risico’s benadrukken voor de individuele vrijheid, eens ‘sommigen’ beslissen voor ‘anderen’ wat vrijheid betekent en eenmaal niet de wil van het individu maar traditie of enig ander begrip de ultieme maatstaf vormt in een samenleving. In het bijzonder Beccaria verzet zich tegen het geven van een al te groot gewicht aan erfgoed in een burgerlijke samenleving waartoe mensen als vrije burgers toetreden. Hen op absolute wijze binden aan regels uit het verleden ‘reduces men from a state of society to the state of a herd.’<sup>65</sup>

Raz zit op een gelijkaardig spoor en benadrukt de ontoereikendheid van het common law model voor onze moderne tijd.<sup>66</sup> De tand des tijds-test is te langzaam en laat niet toe om adequaat te reageren op de behoeften van een snel evoluerende samenleving, met sociale en geo-

64 R. Bailey-Harris, J. Barron en J. Pearce, ‘From Utility to Rights? The Presumption of Contact in Practice,’ *International Journal of Law, Policy and the Family* 1999, p. 112.

65 ‘Nor can the authority to interpret the laws devolve upon the criminal judges, for the same reason that they are not legislators. The judges have not received the laws from our fore-fathers as if they were a family tradition or a will which leaves its inheritors no duty but that of obedience. Rather they receive them from the living society or from the sovereign which represents it as the legitimate repository of the current sum of the will of the whole of society. The judges do not receive the laws as obligations of an ancient oath, which is void because it enchains the wills of those not yet born, and iniquitous because it reduces men from a state of society to the state of a herd. Rather, they receive them as the result of a tacit or express oath which the united wills of the subjects have made to the sovereign, as the bonds necessary to curb and control the domestic turbulence of particular interests’ (Nederlandstalige uitgave: Beccaria, *Over misdaden en straffen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, hst. 4).

66 J. Raz, ‘The Politics of the Rule of Law,’ p. 357.

grafische mobiliteit, nieuwe beroepen en nieuwe sociaal-ethische vraagstukken. Bovendien beschikken hedendaagse pluralistische samenlevingen niet over voldoende gedeelde praktijken om een rechtsstatelijk project van begrenzing van machtsstructuren en van bescherming tegen machtsmisbruik te kanaliseren.<sup>67</sup> In dergelijke samenlevingen, met een lappendeken van etnische, religieuze of economische groepen, is niet genoeg overlap tussen de verschillende culturele- en waardesystemen. Wat ontbreekt is een gemeenschappelijk begrip over een rechtvaardige organisatie van het gezinsleven en andere persoonlijke relaties, van de economie en van de staat of van de burgerlijke vrijheden.

Het argument treffen we ook aan in een artikel uit *The Law Quarterly Review* uit 1993, waarin Bingham, een vooraanstaande jurist, opmerkt dat niet alleen de nieuwe minderheden en immigranten, maar ook de nieuwe mondigheid van de burger, zorgen voor een nieuwe context waarin mensenrechten meer dan ooit nodig worden om afwijkende meningen bescherming te bieden.<sup>68</sup> Het parlement, dat centraal stond in de Diceyaanse rechtsstaat, kan zijn rol als beschermer van rechten tegen machtsmisbruik niet langer vervullen. Door het partijsysteem en de partijdiscipline is het gezag van deze instelling verminderd ten aanzien van de uitvoerende macht. Signalen over wat belangrijk is inzake mensenrechten bereiken de regering niet en Bingham telt niet minder dan 38 parlementaire rapporten over mensenrechtenkwesties, lang niet allemaal controversieel, die liggen te slapen bij gebrek aan aandacht van de uitvoerende macht. Er is nood aan een aanvullend rechtstatelijk instrument in het Verenigd Koninkrijk en dat is a) de lijst van mensenrechten in het Europese mensenrechtenverdrag die b) afdwingbaar moet gemaakt worden ten behoeve van de Britse rechters (wat uiteindelijk ook zou gebeuren via *The Human Rights Act 1998*). Het genie van Bingham's oproep ligt in de gekozen insteek: het common law model is niet fout, maar moet aangepast worden aan een veranderende context en aan de rechten vervat in het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens; zulke teksten zijn geen rationalistische ondingen maar net ontwikkeld en afgeleid uit juridische, ethische, sociale en democrati-

67 Ibid. Vgl. met Rawls' afwijzing van een *intuitionist conception of justice* (J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 41-45).

68 T. Bingham, 'The European Convention on Human Rights: time to incorporate,' *The Law Quarterly Review* 1993, pp. 390-400.

sche principles *painfully developed over 2000 years*.<sup>69</sup> Mensenrechten als deel van de traditie!

Het inroepen van tradities in dergelijke samenlevingen roept meteen vragen op. Steken grondrechten er in of niet? Welke tradities worden ingeroepen? Wie roept ze in? Laten we aannemen dat rechters wél neutraal kunnen rechtspreken en recht vinden en dus niet automatisch waarden zullen verkiezen die leven bij de elites (waaruit ze in de praktijk vaak emaneren), dan nog blijft de vraag overeind naar het *wat* én het *waarom*. Laten we aannemen dat het mogelijk is om (enkele) gedeelde sociale en juridische waarden in een samenleving aan te wijzen. Moeten deze dan gerespecteerd worden ten alle prijzen, zelfs tegen de keuze van de democratisch verkozen wetgever in? Interessant is dat de meeste rechtssystemen, inclusief dat van de Verenigde Staten, precedentwerking afwijzen. De Amerikaanse *Supreme Court* deed dat met volgende rechtvaardiging: ‘When convinced of former error, this Court has never felt constrained to follow precedent.’<sup>70</sup>

Traditie – inclusief de leer van het precedent – heeft beter nooit het laatste woord. Te veel gewicht geven aan precedents ontmoedigt gerechtvaardigde kritieken op slechte wetten en tradities en kan leiden tot hopeloze toepassing van kennelijk onrechtvaardige of niet-langer-representatieve wetten en tradities. Alzo wordt de precedentdoctrine een rem op de moderniteit, een ‘rustplaats’ voor het recht bestand tegen sociale verandering.<sup>71</sup> Het voorbeeld dat hier kan gegeven worden is dat van ‘marital immunity’ en de wijze waarop het common law systeem lange tijd de mannelijke stempel op het recht heeft gecontinueerd.<sup>72</sup> De common law-landen waren de laatste Europese landen om een einde te stellen aan deze rechtsfiguur die in feite verkrachting binnen het huwelijk mogelijk maakte. Twee Europese arresten uit 1995 waren nodig om een einde te stellen aan deze gang van zaken.<sup>73</sup> Frappant is dat deze

69 T. Bingham, ‘The European Convention on Human Rights: time to incorporate,’ p. 399.

70 *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944). Men leze J. Sauveplanne en G. Steenhoff, ‘Verenigde Staten van Amerika. Inleiding in het Amerikaans Recht,’ in D. Kokkini-Iatridou (red.), *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1988, p. 566.

71 S. Edwards, *Sex and Gender in the Legal Process*, Londen, Blackstone Press, 1996, p. 2.

72 *Ibid.*, p. 4.

73 Cf. C.R. t. Verenigd Koninkrijk, 22 november 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1997, nr. 1, noot Kn.; S.W. t. Verenigd Koninkrijk, 22 november 1995, *R.T.D.H.* 1996, p. 459, noot S. Van Drooghenbroeck. Men leze P. De Hert, ‘Mensenrechten en het liefdevol doodkussen van het liberale denken. Rechtspraak en wetgeving over verkrachting, transseksualisme en sadomasochisme,’ in K. Raes (red.), *Liefde's onrecht: Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, Gent, Mys en Breesch, 1998, pp. 78-103.

vorm van immuniteit, die teruggaat tot een geschrift van Sir Hale uit 1736, haaks stond op de *Sexual Offences Act* uit 1956. De strafbaarstelling in deze wet van ‘*all unlawful rape*’ werd door de common law rechtbanken echter zo uitgelegd dat verkrachting door echtgenoten niet als ‘onwettig’ werd beschouwd.<sup>74</sup>

Op een wijze die Burke ongetwijfeld *niet* zou bevallen stelde het Europese Hof in de genoemde arresten dat de Britse echtelijke immuniteitsregel *onverenigbaar is met menselijke waardigheid*, een uitgangspunt dat het in 1995 voor het eerst uit de mouw schudde en dat bovendien helemaal niet vermeld wordt in het Europese mensenrechtenverdrag. Hoe riskant dit vage begrip ook kan zijn in een juridisch discours,<sup>75</sup> het raakt de kern van de liberale afwijzing van elke samenleving waarin de vrijheid geen wettelijke voorrang krijgt (dus ook Burkes samenleving waarin vrijheid slechts één van de (residuele) elementen in de balans is, en geen bijzondere status geniet). Ongeacht de vraag of mensen geschikt zijn om vrijheid te hebben en over voldoende vermogen beschikken om onafhankelijk te functioneren, hebben zij er recht op. Elke man of vrouw is een persoon van gelijke waarde; elk van hen is uniek, niet vervangbaar door een ander. Vrijheid is de logische politieke consequentie van een respect voor de waarde en waardigheid van elk individueel menselijk wezen. Het veronderstelt dat eenieder een fundamenteel en finaal recht heeft om te leven, denken en geloven op de door hem of haar gewenste wijze (op voorwaarde dat er geen schade is voor anderen). Geen traditie of precedent, geen enkele partij of tijdelijk meerderheid mag overtuigingen of regels opleggen aan hen die deze niet of niet vrijwillig zouden omarmen.

74 Zie hierover C. Manchester, ‘Criminal Justice and Public Order Act 1994: Obscenity, Pornography and Videos,’ *Crim.L.R.* 1995, pp. 123-31; R. McCall Smith, ‘Sexual offences,’ in *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, Edinburgh, Butterworths, 1995, pp. 248-55.

75 P. De Hert, ‘John Rawls on Constitutionalism and the Charter of Fundamental Rights of the European Union,’ in W.P. Heere (red.), *From Government to Governance: The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System*, Den Haag, TCM Asser Press, 2004, pp. 443-53.

## 9. De liberale waardengerichte opvatting van mensenrechten (Dworkin, Rawls)

Een uitwerking van deze visie treft men aan bij Ronald Dworkin in *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*.<sup>76</sup> Dworkin contrasteert deze 'constitutieve' of 'waardengerichte' opvatting<sup>77</sup> met een andere, meer instrumentalistische kijk op rechten binnen het liberalisme,<sup>78</sup> maar voegt daar onmiddellijk aan toe dat denkers als John Stuart Mill en rechtsgeleerden als Justice Louis Brandeis argumenten en visies combineren. Foucault heeft in zijn *Biopolitiek* eveneens de vinger gelegd op twee tradities binnen het liberalisme (een radicaal utilitaristische en een revolutionaire).<sup>79</sup> Belangrijk in Dworkins verhaal is dat deze verschillende benaderingen doordringen in het denken over mensenrechten en ook verschillende uitkomsten bieden op vragen zoals *Moet de individuele vrijheid apart vermeld worden in een grondrechtencatalogoog?*, *Laten we uitzonderingen toe op grondrechten, en zo ja, tot in welke mate?*, en *Is er plaats in een grondrechtenperspectief voor belangenafweging, en zo ja, welke belangen nemen we dan in aanmerking?*

Denkers als Dworkin, Constant en Rawls benadrukken bij de beantwoording van deze vragen de nood aan prioritering van de vrijheid. Inbinden op vrijheid door deze te onderwerpen aan het Burkeaanse afwegen van belangen, in het bijzonder wanneer dit gebeurt in naam van tradities, staat gelijk aan het inleveren en zelfs opgeven van die vrijheid. In concrete gevallen de vrijheid afwegen tegen andere belangen zal zelden of nooit eerstgenoemde vrijwaren.<sup>80</sup> Dit verklaart een zekere stuurloosheid in het huidige Europese mensenrechtenrecht, waarbij het Europees mensenrechtenhof alles – ook de absoluut gefor-

76 R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 200-02.

77 Habermas spreekt over het deontologische karakter van grondrechten (*infra*).

78 Bij wijze van voorbeeld: een grondrecht zoals de vrijheid van meningsuiting is waardevol, niet zozeer omdat ze een essentieel en constitutief bestanddeel is van een rechtvaardige staatsordening waarbij principieel onderdanen als moreel verantwoordelijke personen behandeld worden, maar, eenvoudigweg, omdat zij bijdraagt tot een betere samenleving. Men leze S. Sottiaux, 'Enkele bedenkingen over de vrijheid van meningsuiting in een multiculturele samenleving,' *Rechtskundig Weekblad* 2001-02, nr. 6, pp. 185-93.

79 M. Foucault, *De geboorte van de biopolitiek*, Amsterdam, Boom, 2013, in het bijzonder het College van 17 januari 1979, pp. 51-53.

80 Cf. T. Schalken, 'Tien uitgangspunten voor nieuwe wetgeving in het post Van Traa-tijdperk,' *Delikt & Delinkwent* 1996, p. 208; F. Julien-Laferriere, *Pouvoir et Liberté: Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Brussel, Bruylant, 1998, pp. 170-76.



muleerde rechten<sup>81</sup> – onderwerpt aan balansoefeningen en zelden of nooit een door de staat ingeroepen belang diskwalificeert. Bijna alles wordt te Straatsburg in de balans gelegd, en daarbij wordt veel ruimte gegeven aan appreciatiemarges voor de lidstaten en uitgangspunten zoals ‘proportionaliteit’ en ‘subsidiariteit’.<sup>82</sup> Daarbij wordt over het hoofd gezien dat een begrip als proportionaliteit (en in mindere mate ook subsidiariteit) geen inherente beperkingen bevat. Werkelijk elke uitkomst is mogelijk bij de balansoefening met dit soort uitgangspunten. Het volstaat, bijvoorbeeld, om te argumenteren dat het algemeen belang op het spel staat om de balans ten gunste van dit belang te doen omslaan. Alleen een gevestigde prioriteitspositie biedt in een langetermijnperspectief genoeg waarborgen voor de vrijheid. Niemand had dit beter begrepen dan Rawls, die zijn rechtvaardigheidsprincipes ‘lexicaal’ ordent en daarbij volle prioriteit geeft aan het vrijheidsprincipe. Andere principes kunnen slechts toegepast worden als het vrijheidsbeginsel hetzij volledig gerealiseerd is, hetzij niet toepasselijk is.<sup>83</sup> Alternatieven ziet hij niet. Zou bijvoorbeeld de voorrangspositie gaan naar het nuttigheidsprincipe, dan zouden alle overige principes of criteria overbodig worden.<sup>84</sup>

## 10. Dworkins kritiek op belangenafwegingen bij mensenrechtenvraagstukken

In het verleden heb ik uitgebreid stilgestaan bij Dworkins mensenrechtentheorie zoals die wordt uitgewerkt in de laatste hoofdstukken van *Taking Rights Seriously*.<sup>85</sup> Dworkin gaat daar op zoek naar ‘rechten in de sterke betekenis’ (troefkaarten of *trumps*). Alleen zulke rechten kun-

81 Zie voor een bespreking van het concept absolute rechten en de theorievorming van Allen Gewirth: Michael K. Addo en Nicholas Grief, ‘Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights,’ *European Journal of International Law* 1998, pp. 510-24.

82 Over de veelheid aan technieken om overheidsvriendelijk te kijken naar de toepassing van artikel 3 EVRM (folterverbod), leze men Nicholas Grief en Michael K. Addo, ‘Some practical issues affecting the notion of absolute right in Article 3 ECHR,’ *E.L. Rev.* 1998, Supp. (Human rights survey), pp. 17-30.

83 J. Rawls, *A Theory of Justice*, §§8 en 82.

84 J. Rawls, *A Theory of Justice*, §§8, 43-44.

85 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen, Duckworth, 1977. Zie P. De Hert en S. Gutwirth, ‘Grondrechten: vrijplaatsen voor het strafrecht? Dworkins Amerikaanse trumpfmetafoor getoetst aan de hedendaagse Europese mensenrechten,’ in R. Haveman en H.C. Wiersinga (reds.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen, Wolf Legal, 2005, pp. 141-76.



nen *fundamenteel* worden genoemd, aldus Dworkin. Er is sprake van troefkaarten of ‘rechten in de sterke betekenis’ wanneer ze de belangen die ze beschermen zwaarder doen wegen dan collectieve belangen en belangen die niet door rechten worden beschermd.<sup>86</sup> Als een samenleving het bestaan erkent van fundamentele rechten, dan moet het, aldus Dworkin, gaan om rechten in de sterke betekenis, om *strong rights*: ‘(I)f rights make sense at all, then the invasion of a relatively important right must be a very serious matter. It means treating a man as less than a man, or as less worthy of concern than other men. The institution of rights rests on the conviction that this is a grave injustice, and that it is worth paying the incremental cost in social policy or efficiency that is necessary to prevent it.’<sup>87</sup>

Dworkin's invulling van het begrip fundamentele rechten als *strong rights* betekent evenwel niet dat de overheid nooit het beschermde belang opzij kan zetten, maar de marge is erg klein. Uitgesloten is dat het belang moet wijken voor een bescheiden statelijk belang.<sup>88</sup> Wel kan worden geargumenteed dat rechten alleen opzij geschoven kunnen worden om een catastrofe te voorkomen, of om de rechten van anderen te beschermen. Ze kunnen ook onderdoen om een groot en concreet publiek voordeel mogelijk te maken, doch in dat geval wordt het duidelijk, aldus Dworkin, dat de rechten in casu niet tot de meest fundamentele mogen worden gerekend.<sup>89</sup>

Dworkin bekijkt in detail de verschillende gronden die traditioneel worden aangevoerd om rechten te beperken. Telkens toont hij aan dat die gronden niet stroken met de idee van fundamentele rechten in de sterke betekenis en bijgevolg niet geldig kunnen worden ingeroepen in een samenleving die zich met zulke rechten verbindt.<sup>90</sup> De theorie dat beperkingen noodzakelijk zijn omwille van de nood om rechten van andere burgers te beschermen – de *competing rights* theorie – wordt door Dworkin bestempeld als de slechtst begrepen uitzonderingsgrond. Uit zijn analyse blijkt hoe gretig de overheid in de naam van bescher-

86 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, hst. 4, p. 92 en hst. 7, pp. 190-91.

87 Ibid., hst. 7, p. 199.

88 Ibid., hst. 7, p. 193.

89 Ibid., hst. 7, pp. 191-92.

90 Dworkin ontwikkelt deze analyse in een hoofdstuk dat de vraag bekijkt of gewetensbezwaarden overheidsbevelen geldig kunnen negeren. In dat verband merkt Dworkin op dat een samenleving die zich uitspreekt voor fundamentele rechten, niet mag uitgaan van zoiets als een algemene plicht tot gehoorzaamheid aan de overheid (p. 193).

ming van rechten van derden uitzonderingen creëert op de rechten van burgers.

Het is de moeite om deze bladzijden te herlezen. Vandaag wordt in Europa, zoals reeds opgemerkt, ongeveer alles in de balans gegooid, en de fascinatie van academici voor de idee dat grondrechten kunnen botsen werkt argwaan op. De vraag ‘wat botst met wat’ wordt daarbij niet altijd zorgvuldig behandeld. Matthias Storme schijnt een *communis opinio* binnen die wereld van academici te vertolken wanneer hij, in erg Burkeaanse termen, schrijft dat conflicten tussen mensenrechten niet kunnen worden opgelost in abstracto: er is geen universeel geldige hiërarchie tussen mensenrechten, zelfs al zijn sommige fundamenteeler dan anderen. (Maar het lijkt erop dat geen enkel mensenrecht een absolute voorrang heeft op alle andere. In geval van conflict is een afweging bijgevolg nodig en bij die afweging van belangen moet rekening gehouden worden met de concrete historische ervaring van een land.)<sup>91</sup>

## 11. Mensenrechten als principes en optimalisation requirements (Alexy)

Bart van der Sloot heeft recent op indrukwekkende wijze de vinger gelegd op de sluipende utilitaristische ontwikkeling binnen het Europese mensenrechtendenken.<sup>92</sup> De kernboodschap dat mensenrechten plichten en grenzen opleggen aan overheden lijkt ingeruild voor een wazigere boodschap. Conflicten tussen overheden en een individu worden hertaald door het Europese Hof tot conflicten tussen een individu én een ander individu. De vraag of overheden op correcte wijze tussenbeide zijn gekomen verdwijnt uit beeld. Hoewel het Verdrag uit 1950 niet is geconcipeerd vanuit de idee van afweging van belangen, maar vooral focuste op concrete criteria om overheidshandelen in de sfeer van de grondrechten te beoordelen, is het afwegen van belangen in de

91 M. Storme, ‘The Struggle over Interpretative Authority concerning Human Rights – the Belgian Experience,’ in R. Arnold (red.), *The Universalism of Human Rights*, Londen, Springer, 2012, pp. 223-35. ‘More generally, conflicts between human rights cannot be solved *in abstracto*: there is no universally valid hierarchy between human rights, even if some are more fundamental than others. But it seems that no human right has an absolute priority over all other ones. In case of conflict, some balancing will be necessary. And that balancing cannot take place without taking into account the concrete historical experience’ (p. 231).

92 B. van der Sloot, ‘The Practical and Theoretical Problems with Balancing,’ *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2016, nr. 3, pp. 439-59.

Europese rechtspraak *bon ton* geworden, waarbij de vraag of elk belang van de burger in wiens naam overheden optreden of zouden moeten optreden binnen de hiërarchie van mensenrechten van enige waarde is. Van der Sloot vult de liberale zorg voor het lot van de individuele vrijheid (zie *supra*) aan met een terechte zorg voor rechtszekerheid: als alles afweging van belangen wordt in concrete gevallen, dan kan uit een Europees arrest voortaan geen lering van enige waarde meer getrokken worden.<sup>93</sup> De door de rechters gehanteerde beslissingscriteria in de door de auteur besproken zaken blijken bij nader toezien veelal arbitrair te zijn en als onprettig neveneffect te hebben dat algemene vragen met een bredere betekenis door de rechters onbeantwoord worden gelaten.<sup>94</sup>

Habermas' *Between Facts and Norms*, waarop van der Sloot terug-grijpt, bevat niet alleen een zorgvuldige lezing van Dworkin maar ook een fijne kritiek op Robert Alexy, de theoreticus van de idee van belangenafwegingen in het mensenrechtenrecht. Alexy ziet grondrechten niet zozeer als bindende regels of normen, maar als principes die bij toepassing moeten afgewogen worden tegen andere principes (zijnde andere rechten *of* beleidsbelangen). Bij die afweging speelt de proportionaliteitstest een grote rol. Alexy verwijst in zijn theorievorming voortdurend naar de rechtspraak van het Duitse Hooggerechtshof. Dit Hof hanteert, daarin gevolgd door andere grondwettelijke hoven én door beide Europese hoven, een proportionaliteitstoets gesteund op een drietal sub-toetsen: is een overheidsmaatregel die de grondrechten beperkt geschikt om een gegeven doel te berekenen (*suitability test*), is die maatregel noodzakelijk of zijn er alternatieve maatregelen denkbaar (*necessity test*) en een finale test (*proportionality strictu sensu test*): plaatst de maatregel, ook al is deze geschikt en nodig, een excessieve last op het in zijn grondrecht getroffen individu?

Habermas gaat niet in op deze rechtspraak, maar concentreert zijn kritiek op Alexy's theorievorming en meer bepaald op zijn gelijkstelling van grondrechten met principes dewelke steeds moeten toegepast worden en nooit een eenduidige uitkomst hebben. Van absolute rechten is geen sprake bij Alexy, wat voor Habermas gelijkstaat aan het opgeven van de idee zelf van mensenrechten. Wanneer we, aldus Habermas, het deontologisch karakter van grondrechten<sup>95</sup> opgeven dan vervallen we

93 Ibid., p. 448.

94 Ibid., pp. 448, 456.

95 Dworkin spreekt over het constitutief karakter van grondrechten (*supra*).

in een utilitaristische kosten-baten analyse waarbij functionalistische en irrationele uitkomsten niet uit te sluiten zijn.<sup>96</sup> Dat is een amusante vaststelling want het is precies de opzet van rechters om met principes zoals proportionaliteit een schijn van rationaliteit en voorspelbaarheid te creëren rond hun beslissingen.<sup>97</sup> Habermas doorprikt die schijn genadeloos. Juridisch gaat men in de naam van de nood aan belangenafwegingen foutief mensenrechtenteksten lezen als een opsomming van gedeelde *waarden* die moeten afgewogen worden, eerder dan als een opsomming van bindende *normen* gericht op de toepassing in concrete gevallen.<sup>98</sup> Waarden zeggen ons wat goed voor ons is (bijvoorbeeld, veiligheid), normen of regels zeggen ons wat onze verplichtingen zijn (bijvoorbeeld, iedereen die een bouwplaats betreedt, moet een helm dragen).<sup>99</sup> Mensenrechtencodificaties in verdragen en grondwetten lijken opsommingen van waarden (zoals, privacy) maar blijken bij nader inzien opsommingen van bindende normen ('overheden mogen geen privacy of meningsuiting beperken dan mits een wettelijke basis en naleving van andere voorwaarden').

Burke is niet ver wanneer Alexy rechten begrijpt als (louter) principes eerder dan bindende normen en als *optimalisation requirements*. Bindende normen zijn ofwel gehaald of niet, vervuld of niet. Bij principes gaat het over optimaliseren, over het streven naar realisatie ervan binnen de bestaande juridische en feitelijke mogelijkheden.<sup>100</sup> De discussie tussen Habermas en Alexy is zelfs voor ingewijden niet altijd makkelijk te doorgronden. Panikeert Habermas ten onrechte wanneer men vaststelt dat de rechters behoedzaam omspringen met de proporti-

96 J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity, 1996, in het bijzonder pp. 259-62. Zie Alexy's antwoord op deze kritiek: R. Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality,' *Ratio Juris* 2003. Zie ook R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* Oxford, Oxford University Press, 2002; S. Tsakyrakis, 'Proportionality: An Assault on Human Rights?,' *Jean Monnet Working Paper* 09/08 (2008), <http://jeanmonnetprogram.org/paper/proportionality-an-assault-on-human-rights-2/>; B. Çali, 'Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions,' *Human Rights Quarterly* 2007; Tor-Inge Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law,' *European Law Journal* 2010, nr. 2, pp. 158-85.

97 Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law,' pp. 160-63.

98 'Because norms and principles, in virtue of their deontological character, can claim to be *universally binding* and not just *specially preferred*, they possess a greater justificatory force than values. Values must be brought into a transitive order with other values from case to case. Because there are no rational standards for this, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies' (Habermas, *Between Facts and Norms*, p. 259). Merken we op dat Alexy, in zijn eigen terminologie, grondrechten ziet als principes, niet als waarden. De kritiek van Habermas blijft evenwel staan.

99 Vgl. Habermas, *Between Facts and Norms*, p. 255 (over de 'oughtness of binding norms').

100 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 47-48.

onaliteitstoets en deze enten op drie subtoetsen (*suitability test-necessity test-proportionality strictu sensu test*)?

Onze voorkeur gaat uit naar Tor-Inge Harbo's recente thesis over de draagwijdte van deze discussie. Harbo analyseert de kritiek op het proportionaliteitsdenken zonder zich er echt over uit te spreken, maar gaat dan een andere richting uit door op te merken dat rechters heel vaak zeggen of schijnen te zeggen dat ze die toets gebruiken, terwijl ze in feite terugvallen op een zwakke belangenafweging, waarbij ongeveer elke beleidskeuze of elk belang, grondrechtelijk beschermd of niet, in de weegschaal wordt gelegd met de erkende mensenrechten.<sup>101</sup> In de praktijk schuiven we daardoor op in de richting van een test zoals die in het Verenigd Koninkrijk gangbaar is, met name de *Wednesbury reasonableness*, die alleen maar toelaat om overheidsbesluiten aan te vallen als ze zo onredelijk of irrationeel zijn dat geen enkel redelijk publiek orgaan het besluit zou nemen.<sup>102</sup> Op papier lijkt er dus niets mis met het proportionaliteitsbeginsel en staat het niet *ipso facto* gelijk met een aantasting van grondrechten, maar in de praktijk lijkt het een goed excuus voor een vulgaire kosten-baten analyse.

## 12. Drie bijdragen van Burke aan het constitutioneel en mensenrechtendiscours

Het voorgaande en onze openingscitaten tonen Burkes voorkeur aan voor brede belangenafwegingen en zijn afwijzing van elke prioriteitsregel ten voordele van grondrechten. Een stap verder gaat hij wanneer hij elke onmiddellijke toepasbaarheid van grondrechten als bindende normen in vraag stelt.<sup>103</sup>

Burke kan om die reden moeilijk als bezieler van de grondrechten aangemerkt worden en zou zich in deze discussie waarschijnlijk zonder enig probleem achter de Europese rechters scharen die onder het mom

101 Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law,' p. 181.

102 Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law,' p. 161, met onder meer een verwijzing naar Lord Hoffmann, 'The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law,' in Evelyn Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Londen, Hart, 1999, pp. 107–15.

103 We verwijzen opnieuw naar volgende passage: 'But as the liberties and the restrictions vary with times and circumstances, and admit of infinite modifications, they cannot be settled upon any abstract rule; and nothing is so foolish as to discuss them upon that principle' (RRF, p. 151).

van een proportionaliteitstoetsing terugvallen op een onredelijkheidstoets genre *Wednesbury reasonableness*. Burke had weinig voeling voor de nood aan duidelijke lijsten met plichten of zag die diepere basisfunctie van mensenrechten onvoldoende. Te veel politicus,<sup>104</sup> te weinig constitutionalist. Positief kan men dan weer stellen dat het precies via Burke is dat verkeerde verwachtingen over het nut en de meerwaarde van mensenrechten kunnen vermeden worden. Burkeaanse attitudes verklaren tezamen met andere factoren waarom het idee van de mensenrechten in de wet, de politiek en filosofie praktisch afwezig was tijdens de negentiende en het grootste deel van de twintigste eeuw,<sup>105</sup> en Burkeaanse reflexen verklaren waarom noch het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, noch de Amerikaanse Supreme Court zelden potten breekt en de hiel plaatst op overheidsoptreden.<sup>106</sup> Hoewel meerdere grondrechten ervoor in aanmerking kunnen komen, worden inderdaad zelden troefkaarten op tafel gelegd. Die verwachting moet getemperd worden en Burke kan daarbij helpen. Waar Dworkin ons helpt om rechten in de sterke betekenis te herkennen, helpt Burke ons om te begrijpen, ook al bevalt dat niet, waarom er in de praktijk zo weinig sprake van is. Het hoger gemaakt onderscheid tussen een positieve en een negatieve benadering van grondrechten is pedagogisch bijzonder pertinent.

Ook betekent Burkes common law-constitutionalisme, in zijn geval aangevuld met een klemtoon op organische groei, een aanwinst voor het constitutionalisme. Het biedt een genuanceerd alternatief voor scholen in het denken over constitutionalisme die erg veel nadruk leggen op het verleden en de visies van de *Framers* van grondwetten.<sup>107</sup>

104 We harnemen volgende cruciale paragraaf, in het bijzonder om Burkes klemtoon op de politieke rationaliteit als rekenenheid inzake mensenrechten: 'The pretended rights of these theorists are all extremes; and in proportion as they are metaphysically true, they are morally and politically false. The rights of men are in a sort of *middle*, incapable of definition, but not impossible to be discerned. The rights of men in governments are their advantage; and these are often in balances between differences of good; in compromises sometimes between good and evil, and sometimes, between evil and evil. Political reason is a computing principle; adding, subtracting, multiplying, and dividing, morally and not metaphysically or mathematically, true moral denominations' (RRE, p. 153).

105 Zie voor een bespreking van de factoren die bijdragen aan dit proces van verwaarlozing: Bl. Kriegel, *Philosophie de la République*, Parijs, Plon, 1998, pp. 123-24, 129-30.

106 Erwin Chemerinsky, *The Case against the Supreme Court*, New York, Viking Books, 2014.

107 Vgl. 'The rhetoric of constitutional law looks to the past. It emphasizes fidelity to precedent, respect for tradition, and acceptance of prior practice. Constitutional argument regularly invokes the intent of the Framers, even when they had none, and uses a variety of techniques for claiming continuity while embracing innovation. Sometimes the past is described at such a high level of abstraction that the reference has no meaning ... Constitutional law's rhetorical commitment to the past is so strong that it is easy to lose sight of the importance of change' (J. Jeffries, 'Right-Remedy Gap in Constitutional Law,' *Yale L.J.* 1999, pp. 95-96). Zie tevens Daryl Levinson, 'Rights Essentialism and Remedial Equilibration,' *Columbia Law Review* 1999, nr. 4, pp. 857-940.



Ten slotte is er Burkes belangrijke inzicht dat tradities en instituten tot stand komen binnen een bepaalde tijd-en-ruimteconstellatie. Het blijft wenkbrauwen doen fronsen wanneer Europese rechtbanken door lidstaten gemaakte basiskeuzen verwerpen, hoewel die vastgelegd of vervat zijn in geschreven en ongeschreven grondwetten.<sup>108</sup> Constitutionele zorg doet ons op die momenten instemmen met Burkes visie op het sociaal contract als een contract tussen God en de menselijke soort die het voor ‘gewone’ mensen moeilijk maakt om bereikte institutionele arrangementen te sturen aan de hand van bekende of nog te ontdekken algemene regels. Hoewel er ontegensprekelijk ruimte moet zijn voor wisselwerking en leerprocessen over de grenzen heen, is het moeilijker verdedigbaar om vol te houden dat er op sommige mensenrechtenproblemen één juist antwoord bestaat. Europese rechters beseffen dat en zowel te Luxemburg als te Straatsburg wordt onder de vlag van de *margin of appreciation* doctrine onder meer gekeken via rechtsvergelijking naar het bestaan of niet van een consensus over bepaalde zaken.<sup>109</sup> Wanneer Anna Sledzinska-Simon zich in een recent geschrift de vraag stelt of het niet tijd wordt om bepaalde elementen uit het non-discriminatierecht terug te (her)nationaliseren om meer recht te doen aan specifieke publieke en private *settings* en aan nationale identiteiten, en dit om pragmatische plaatselijke oplossingen mogelijk te maken,<sup>110</sup> horen we Burke in zijn vuist lachen. Te grote tuinen vallen niet te onderhouden.

108 P. De Hert en S. Somers, ‘Constitutioneel erfgoed in vraag gesteld in naam van mensenrechten. Welk kader voor religie en religieuze spanningen?’, *Tijdschrift voor onderwijsrecht & Onderwijsbeleid* 2010-11, nrs. 1-2, pp. 42-50; P. De Hert en S. Somers, ‘Principles of national constitutionalism limiting individual claims in human rights law. Constitutionalism and the balance between national and international legal reform’, *Vienna Journal on International Constitutional Law (ICL Journal)* 2013, nr. 1, pp. 4-27.

109 Zie onder meer James A. Sweeney, ‘A ‘Margin of Appreciation’ in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights’, *Legal Issues of Economic Integration* 2007, nr. 1, pp. 27-52; Oddný Mjöll Arnardóttir, ‘Rethinking the Two Margins of Appreciation’, *European Constitutional Law Review* 2016, pp. 27-53.

110 Anna Sledzinska-Simon, ‘Is there a place for the Islamic veil in the workplace? Managerial prerogatives and the duty of reasonable accommodation in the EU anti-discrimination governance’, *ERA Forum* 2016, 203-20. Over de risico’s van een populistisch discours over grondwettelijke identiteiten, leze men Luigi Corrias, ‘Populism in a Constitutional Key’, pp. 23-25.



# Deel II

## Burke en de grote denkers